

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ÊTRE DILIGENT EN MATIÈRE DE NÉGLIGENCE : UNE NÉCESSITÉ POUR NOTRE DROIT

Auteur(s) : Renée JOYAL

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : **377-398**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12305>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12305>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

ÊTRE DILIGENT EN MATIÈRE DE NÉGLIGENCE : UNE NÉCESSITÉ POUR NOTRE DROIT*

par Renée JOYAL**

SOMMAIRE

1.	Un bref rappel historique	380
2.	Le développement de la théorie des droits	383
3.	Les exigences de la <i>rule of law</i> et du <i>due process of law</i>	385
	a) Des situations précisément et correctement formulées ...	385
	b) Une évaluation rigoureuse des situations	388
	c) Des décisions d'orientation solidement fondées	389
	d) La preuve de la situation et les motifs de la décision	390
4.	La négligence, la loi et l'État. Quelques réflexions	393

*. Le présent texte est celui d'une conférence prononcée par l'auteure dans le cadre des Journées Charles-Coderre 2000.

**. Professeure au Département des sciences juridiques de l'UQAM. L'auteure tient à remercier l'Honorable Albert Gobeil, juge à la retraite, et Me Johanne White, des Centres Jeunesse de Montréal, pour leurs excellentes suggestions.

Selon des sources généralement fiables, la négligence envers les enfants représente aujourd'hui la part du lion, si l'on peut s'exprimer ainsi, des interventions effectuées en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹. Dans un document datant de 1999, le Ministère de la Santé et des services sociaux signale en effet que, entre les années 1993 et 1998, les cas de négligence ont constitué plus de 48% des problématiques traitées en vertu de cette loi².

Qu'est-ce donc que la négligence envers les enfants? On n'en trouve aucune définition à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Si l'on examine les articles 38 et 38.1 de cette loi, qui énumèrent les situations dans lesquelles l'État estime justifié d'intervenir en vue d'assurer la protection d'un enfant, on ne trouve paradoxalement le mot «négligence» qu'au paragraphe g) de l'article 38, qui traite d'abus sexuels et de mauvais traitements. Quant aux situations qui suggèrent la présence de négligence parentale, c'est-à-dire celles mentionnées aux paragraphes b) à f) de l'article 38 et au paragraphe c) de l'article 38.1, le mot lui-même n'y apparaît pas. Il serait sans doute téméraire de proposer une définition de la négligence au sens de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, compte tenu des nombreuses applications possibles de ce concept. Cependant, j'oserais dire que les situations mentionnées à la loi visent toutes la protection des enfants qui subissent ou risquent de subir un tort sérieux en raison de l'exercice incorrect ou défaillant des responsabilités reliées à l'autorité parentale de la part de leurs parents ou de leurs gardiens.

On m'a demandé de vous entretenir de la négligence dans une perspective juridique. Afin de mieux cerner la place de ce concept dans notre système légal et judiciaire, je vous propose d'abord un bref voyage dans le temps et dans l'espace, lequel nous permettra de répondre aux quelques questions suivantes : à partir de quand l'État, et en particulier l'État québécois, s'intéresse-t-il à la négligence envers les enfants? Comment cette préoccupation se traduit-elle au fil du temps? La façon de circonscrire la négligence dans notre loi actuelle correspond-t-elle à ce qu'on retrouve dans des législations voisines? Finalement, comment et à quelles conditions l'intervention de l'État en la

1. L.R.Q., c. P.-34.1.

2. Ministère de la Santé et des services sociaux, Direction de la gestion de l'information, Service des indicateurs et mesure de la performance (Carole Lessard), *Indicateurs repères sur l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse, 1993-1994 à 1997-1998*.

matière trouve-t-elle sa légitimité dans l'ordre juridique et politique qui est le nôtre?

1. Un bref rappel historique

Depuis quand l'État québécois s'intéresse-t-il aux enfants négligés? Cette préoccupation remonte à la seconde moitié du XIX^e siècle, bien qu'elle se traduise alors dans des termes et des mesures bien différentes de ceux que nous connaissons aujourd'hui³. C'est en effet en 1869 que le législateur intervient directement dans le domaine des enfants en difficulté, alors qu'il adopte l'*Acte concernant les écoles d'industrie*⁴. Cette première loi spécifique vise les enfants de moins de quatorze ans «trouvés errants» ou en compagnie de «voleurs de profession», de même que les enfants qualifiés de «réfractaires». Les enfants concernés sont essentiellement ceux qui sont livrés à eux-mêmes ou adonnés à la petite délinquance dans les grandes agglomérations urbaines que sont devenues Montréal et Québec, sous l'effet conjugué de l'industrialisation et de l'immigration en cette fin du XIX^e siècle⁶. Tout enfant se trouvant dans l'une des

3. Avant cette époque, c'est-à-dire au temps de la Nouvelle-France et durant les cent premières années du Régime britannique, seuls les enfants abandonnés retiennent l'attention des autorités publiques et, par la suite, celle des communautés religieuses, qui assurent d'abord leur placement en nourrice, puis leur adoption de fait ou leur «engagement» à une famille. Ces enfants sont souvent ceux de «filles-mères», que des motifs de pauvreté aussi bien que de réprobation sociale amènent à poser ce geste, ou de parents mariés ou non qui connaissent des conditions de vie extrêmement précaires. Quelques décisions judiciaires anciennes font état de situations où un proche parent d'un enfant se fait octroyer la garde de celui-ci ou de celle-ci en raison de la mauvaise conduite de ses père et mère, ce qui laisse supposer une situation de négligence ou de mauvais traitements. Il s'agit là, toutefois, d'initiatives purement privées (voir, à ce sujet, André Morel, «L'enfant sans famille, de l'ancien droit au nouveau Code civil», à paraître dans un ouvrage collectif sous la direction de Renée Joyal, qui sera publié sous peu aux Presses de l'Université du Québec). Au cours du XIX^e siècle, les institutions qui prennent charge des enfants en difficulté se diversifient. Crèches, orphelinats et refuges apparaissent, établis sur une base linguistique et religieuse la plupart du temps. Ces institutions ne recueillent pas que des orphelins ou des enfants abandonnés. Par exemple, des parents démunis ou indisponibles pour des raisons reliées au travail ou à la maladie placent parfois leurs enfants à l'orphelinat; celui-ci joue alors indirectement un rôle préventif au regard de certains risques de négligence.

4. S. Q. 1869, c. 17.

6. Voir, à ce sujet : R. Joyal, «L'Acte concernant les écoles d'industrie (1869). Une mesure de prophylaxie sociale dans un Québec en voie d'urbanisation», (1996) 50 Revue d'histoire de l'Amérique française 227.

situations décrites par la loi peut être conduit devant un juge qui, s'il est satisfait de la preuve établie devant lui, a le pouvoir d'ordonner le placement de cet enfant dans une école d'industrie. Ces situations, qui, selon leur degré de gravité, s'apparentent à l'abandon ou à la négligence, inquiètent les élites bien-pensantes et les autorités publiques, qui perçoivent les enfants concernés comme des délinquants potentiels et une menace à l'ordre établi. L'intervention vise donc le «redressement» de ces enfants et la protection corrélative de la paix sociale.

Peu à peu, la nomenclature des enfants visés par la loi s'élargit. En 1884, s'ajoutent à la liste les enfants qui ont besoin d'« être protégés et pris en soin» en raison de la «maladie continuelle», de l'«extrême pauvreté», de l'«ivrognerie» ou des «habitudes vicieuses» de leurs parents⁶, alors qu'en 1894 l'application en est étendue aux enfants «infirmes» et à ceux dont les parents ne sont pas jugés «dignes» de s'occuper⁷. Certaines formes de négligence parentale ou de mauvais traitements sont sans aucun doute visées ici. Mais ce n'est qu'en 1912 que les enfants «habituellement battus» ou «traités cruellement» par leurs parents ou gardiens seront mentionnés explicitement dans la loi⁸.

Quelques décennies plus tard, la *Loi de la protection de l'enfance*⁹ de 1944, qui, comme on le sait, n'a jamais été mise en oeuvre¹⁰, donne à la notion de «négligence» une place centrale, et ce, de façon très explicite. En effet, les enfants qui sont réputés avoir besoin de la protection de l'État y sont définis comme les enfants «négligés» de moins de seize ans. La notion englobe toutefois ici des situations aussi diverses que la mendicité, l'errance, le fait de se trouver dans de mauvais lieux ou en mauvaise compagnie, d'être victime de l'«assaut indécents» ou de tout autre «outrage criminel» de la part d'un parent ou d'un gardien, ainsi que le fait de ne pas bénéficier de soins ou de mesures de surveillance et d'éducation convenables. Il est à noter que cette dernière

6. S.Q. 1884, c. 23.

7. S.Q. 1894, c. 32.

8. S.Q. 1912, c. 39.

9. S.Q. 1944, c. 33.

10. Voir R. Joyal et C. Chatillon, «La Loi québécoise de la protection de l'enfance de 1944. Genèse et avortement d'une réforme», (1994) 53 *Histoire sociale/Social History* 33.

formulation rejoint assez bien ce que l'on entend généralement par négligence de nos jours.

Cette longue énumération de la loi de 1944, qui a au moins le mérite d'être limitative, n'est pas reprise par la *Loi des écoles de protection de la jeunesse* de 1950¹¹ qui, on s'en rappelle, s'appliquait à tout enfant de moins de dix-huit ans¹² «particulièrement exposé à des dangers moraux ou physiques, en raison de son milieu ou d'autres circonstancesspéciales». Cette formulation vague à souhait, qui englobe par le fait même les situations de négligence, représente le sommet, si l'on peut dire, de l'approche paternaliste en matière de protection de l'enfance, approche qui, à l'époque, semble avoir été vue comme extrêmement positive par les personnes chargées de l'application de la loi. Écoutons ce qu'en dit Jeanne d'Arc Lemay, alors directrice du Service des Écoles de protection de la jeunesse au ministère du Bien-être social et de la Jeunesse. «[...] la pierre d'assise de la protection des jeunes dans le Québec, écrit-elle, réside donc en cette simple phrase qui confère à la loi un caractère de quasi universalité en ce qui concerne le petit monde des moins de 18 ans [...] Avec une formule aussi large, on a évité une énumération qui aurait risqué d'être incomplète»¹³. Les intentions étaient sans aucun doute louables; on voulait éviter que des enfants en danger ne reçoivent pas la protection que leur situation requerrait. Toutefois, le caractère flou du fameux article 15 allait bientôt subir l'assaut de critiques virulentes, fondées sur les risques d'arbitraire associés à une telle formulation. C'est pourquoi la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977 marque le retour à une liste limitative de situations énoncées dans des termes relativement précis. Certaines formulations, reliées notamment à la notion de négligence, peuvent toutefois prêter flanc à la critique, comme nous le verrons plus loin.

Nous avons pu le constater au fil de ce bref rappel historique, le souci de l'État à l'égard des enfants négligés ne date pas d'hier. Toutefois, on ne peut

11. S.Q. 1950, c. 11.

12. À l'origine, la loi s'applique aux enfants de plus de six ans et de moins de dix-huit ans. En 1951, la loi est modifiée de façon à englober tout enfant de moins de dix-huit ans; S.Q. 1950-51, c. 56.

13. J. d'A. Lemay, «Les écoles de protection de la jeunesse», (1952) 2 Service social 20 aux pp. 20-22.

manquer de noter un élargissement graduel des situations dans lesquelles l'État s'estime fondé à intervenir en vue de la protection d'un enfant. On ne peut s'empêcher d'observer non plus que certaines des situations visées supposent l'immixtion toujours plus grande, à des fins d'enquête et d'évaluation, des agents de l'État dans la vie privée de l'enfant et de sa famille. À l'origine, les autorités publiques intervenaient à partir de situations généralement observables de l'extérieur de la sphère familiale. Progressivement, elles s'intéressent à des situations que l'on ne peut vérifier qu'en pénétrant dans l'intimité du domicile familial. De plus, les mesures mises en place par l'État pour assurer la protection des enfants entraînent elles aussi une présence toujours plus « envahissante » de ses agents dans la famille. Alors qu'à l'origine l'État se contentait de placer les enfants dans des écoles d'industrie, il en est venu, au cours du XX^e siècle, à mettre en œuvre des mesures de supervision et de soutien qui s'exercent en grande partie dans l'intimité de la famille. Cette évolution est si frappante, non seulement au Québec, mais de façon générale en Amérique du Nord et en Europe occidentale, que certains observateurs y ont vu l'apparition d'un nouveau paradigme et que l'expression « police des familles » est apparue¹⁴.

La place grandissante de l'État dans la vie des citoyens, dont la régulation des comportements familiaux est sans conteste un aspect important, va évidemment susciter la crainte d'interventions abusives et arbitraires et, par conséquent, amener une redéfinition des rapports entre l'autorité publique et ses administrés. Cet ajustement se fera en grande partie autour de la notion de droits fondamentaux, laquelle connaît un développement sans précédent depuis l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948.

2. Le développement de la théorie des droits

L'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵ du Québec, en 1975, constitue l'expression directe de ce souci d'équilibrer les droits du citoyen et la puissance de l'État, entre autres dans le domaine de la vie privée. Ainsi, les articles 5, 7 et 8 de cette Charte prévoient-ils que « toute

14. Voir M. Wald, « State Intervention on Behalf of Neglected Children : A Search for Realistic Standards », (1975) 27 *Stan. L. Rev.* 983 à la p. 989 et J. Donzelot, *La Police des familles*, Paris, Minuit, 1977.

15. L.R.Q., c. C-12.

personne a droit au respect de sa vie privée», que «la demeure est inviolable» et que «nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi que ce soit sans son consentement exprès ou tacite». La Charte québécoise (art. 24.1) prévoit également que toute personne doit être protégée contre les saisies, perquisitions ou fouilles abusives et que nul ne peut être privé de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite (art. 24). La *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶ (art. 8 et 24) contient des dispositions analogues concernant les fouilles, saisies et perquisitions.

C'est précisément au cœur de cette mécanique des droits que se situe l'intervention en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Intervention non sollicitée, non voulue la plupart du temps, cette immixtion de l'État dans la vie privée d'un enfant et de sa famille trouve bien entendu sa justification dans le souci des autorités publiques de protéger la vie, la sûreté et l'intégrité de la personne de l'enfant, droits fondamentaux protégés aussi bien par les chartes que par les lois premières que sont le Code civil et le Code criminel.

Aussi bien intentionnée soit-elle, l'intervention de l'État en vue de la protection d'un enfant ne sera légitime qu'à certaines conditions. Comme nous l'avons vu plus haut, la Charte québécoise énonce que nul ne peut être privé de ses droits si ce n'est pour les motifs prévus par la loi et conformément à la procédure prescrite. Disposition brève, pour ne pas dire laconique, mais qui marque l'aboutissement d'un long processus historique qui, à partir de la *Petition of Right* et de l'*Habeas corpus* de l'Angleterre du XVII^e siècle, en passant par les grands penseurs de la société civile et politique que furent Locke, Montesquieu et les philosophes du Siècle des Lumières, débouche sur la mise en place de régimes constitutionnels fondés sur le respect de principes de base tels l'établissement de garanties contre l'arbitraire des puissants, l'indépendance du pouvoir judiciaire et l'égalité de tous devant la loi. Systèmes toujours perfectibles, il va sans dire, mais qui représentent un acquis indéniable des sociétés démocratiques.

16. L.R.C. (1985), App. II, no 44.

3. Les exigences de la *rule of law* et du *due process of law*

Mais revenons à la protection de la jeunesse et examinons quelles pourraient être les exigences de la *rule of law* ou du *due process of law* dans ce contexte particulier. Nous savons déjà que l'atteinte à la vie privée qui est inhérente à l'intervention de protection doit être prévue par un texte de loi, mais encore faut-il que celui-ci définisse aussi clairement que possible les situations qui donnent lieu à cette intervention pour que la norme posée par la charte ait un sens.

a) Des situations précisément et correctement formulées

Qu'en est-il de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à cet égard? La loi actuelle énumère ces situations de façon limitative, ce qui représente déjà un progrès certain par rapport à la *Loi de la protection de la jeunesse* de 1950-1951, dont nous avons parlé plus haut. Mais suffit-il que les situations visées soient limitativement énumérées pour que la loi joue le rôle qui lui est assigné par la charte? La formulation des situations ne devrait-elle pas respecter d'autres exigences? C'est en tout cas ce que pensait, il y a quelque vingt-cinq ans, Michael Wald, alors professeur à l'Université de Stanford, dont les propositions à cet égard ont contribué à la révision d'un grand nombre de lois américaines de protection de l'enfance. Nous pensons que les standards établis par cet auteur sont encore tout à fait valables aujourd'hui.

Selon cet expert, les dispositions relatives aux situations donnant ouverture à l'intervention de l'État doivent être formulées le plus précisément possible et axées sur les préjudices subis ou les risques de préjudice spécifiques encourus par l'enfant. De plus, relativement à la négligence parentale, Michael Wald considère que l'État ne devrait intervenir de façon coercitive que dans les cas graves, c'est-à-dire ceux où l'enfant subit ou risque de subir un tort sérieux en raison des lacunes parentales. Il suggère donc que les dispositions légales pertinentes soient formulées en ce sens. Quant aux cas moins graves où, par exemple, il est impossible d'identifier un préjudice ou un risque de préjudice spécifique pour l'enfant en lien avec les carences de ses parents ou gardiens, cet auteur estime que l'État devrait s'abstenir d'intervenir de manière coercitive et se préoccuper plutôt de mettre à la disposition de ces familles des programmes

de soutien accessibles sur une base volontaire¹⁷. Nous aurons l'occasion d'examiner ces considérations plus loin.

Revenons pour le moment à notre texte législatif. Si l'on examine chacune des situations énumérées aux articles 38 et 38.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à la lumière des critères énoncés par Michael Wald, on se rend compte que certaines formulations sont conformes à ces derniers, alors que d'autres s'en écartent sensiblement. Ainsi, certaines des situations énoncées sont axées sur le comportement parental plutôt que sur le risque encouru par l'enfant, comme le paragraphe e) de l'article 38 («s'il est gardé par une personne dont le comportement ou le mode de vie risque de créer pour lui un danger moral ou physique») ou le paragraphe c) de l'article 38.1 («si ses parents ne s'acquittent pas des obligations de soin, d'entretien et d'éducation qu'ils ont à l'égard de leur enfant ou ne s'en occupent pas de façon stable, alors qu'il est confié à un établissement ou à une famille d'accueil depuis un an»), alors que d'autres n'atteignent manifestement pas un niveau de précision suffisant pour que les intervenants sociaux ou judiciaires puissent y trouver des indications vraiment claires; c'est le cas du paragraphe d) («s'il est privé de conditions matérielles d'existence appropriées à ses besoins et aux ressources de ses parents ou de ceux qui en ont la garde») de l'article 38. D'autres situations énumérées à l'article 38.1, bien que précises dans leur formulation et axées sur l'enfant, ne font aucune référence au préjudice ou au risque de préjudice encouru par celui-ci et semblent le tenir pour acquis dans certaines circonstances : il en va ainsi des paragraphes a) («s'il quitte sans autorisation son propre foyer, une famille d'accueil ou une installation maintenue par un établissement [...] alors que sa situation n'est pas prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse») et b) («s'il est d'âge scolaire et ne fréquente pas l'école ou s'en absente sans raison»).

D'ailleurs, la formulation même du premier alinéa de l'article 38.1, qui laisse aux intervenants la discrétion d'agir ou de ne pas agir lorsqu'une des situations visées à cet article est établie, semble à sa face même contestable et l'on peut logiquement se demander si les situations auxquelles cet article réfère relèvent vraiment d'une loi de protection de la jeunesse au sens strict ou ne

17. M. Wald, *supra* note 14 aux pp. 1004 et 1022.

devraient pas plutôt relever de lois plus générales comme la *Loi sur l'instruction publique* ou la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.

La formulation de dispositions conformes aux critères énoncés par Michael Wald semble difficile à atteindre. D'ailleurs, on peut noter que les dispositions équivalentes d'autres lois canadiennes de protection de la jeunesse comportent elles aussi leur part d'imprécision et de stigmatisation de comportements parentaux. Par exemple, dans la loi du Nouveau-Brunswick, l'une des situations visées est énoncée comme suit : «l'enfant vit dans un milieu inadéquat ou inapproprié»¹⁸; dans celle des Territoires du Nord-Ouest, on trouve la formulation suivante : «en raison de la négligence, de la cruauté ou de l'immoralité de la personne qui garde l'enfant, le lieu où celui-ci habite est inadéquat ou inapproprié pour lui»¹⁹. D'autres exemples du même ordre pourraient être donnés.

Cette rapide incursion dans quelques lois canadiennes n'avait pas pour but de justifier ou d'excuser les formulations contestables de la loi québécoise ni de démontrer l'impossibilité d'en arriver à des formulations rigoureuses tout en assurant la protection des enfants. Elle illustre néanmoins les difficultés reliées à la rédaction de textes qui concilient ces deux objectifs. Mais ces difficultés ne sont certainement pas insurmontables; les dispositions pertinentes de la loi de la Nouvelle-Écosse, toutes axées sur le préjudice ou le risque de préjudice encouru par l'enfant, atteignent un niveau de précision remarquable²⁰.

Cette exigence de rigueur sur le plan de la formulation peut apparaître purement formelle à première vue, et certains pourraient être tentés d'y voir une «marotte» de juriste sans rapport avec l'application concrète et quotidienne de

18. *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 et modifications subséquentes, art. 31(1)b).

19. *Child Welfare Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-6 et modifications subséquentes, art. 12(2).

20. *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5 et modifications subséquentes, art. 22; à titre d'exemple, voici un extrait de cet article :

(j) l'enfant a subi un préjudice physique en raison de la négligence chronique et grave de l'un de ses parents ou de la personne qui en a la garde, et ce parent ou gardien refuse, néglige ou est incapable de consentir à des services ou à des mesures de nature à éliminer ou à réduire ce préjudice;

(ja) il existe un risque sérieux que l'enfant subisse un préjudice physique de la nature de celui décrit au paragraphe précédent.

la loi. Il s'agirait là, à mon avis, d'une mauvaise perception des choses. En effet, la précision et la justesse des formulations retenues ne sont rien d'autre que le fondement sur lequel s'appuieront par la suite toutes les étapes de l'intervention et sans lequel le *due process* ne pourra véritablement se matérialiser.

b) Une évaluation rigoureuse des situations

La première de ces étapes est sans conteste celle de l'évaluation. Loin de moi l'idée d'entrer dans des considérations cliniques à cet égard; je laisse ce domaine aux spécialistes de la question. Je suis toutefois convaincue que l'observation et l'analyse cliniques des situations signalées au directeur de la protection de la jeunesse doivent être reliées aussi étroitement que possible aux énoncés que l'on retrouve dans la loi, afin d'assurer la rigueur et la cohérence du processus. Plus ces énoncés seront précis et centrés sur l'enfant, mieux les intervenants seront en mesure de déterminer si les situations observées entrent ou non dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et, le cas échéant, mieux ils pourront formuler des recommandations d'orientation appropriées. Surtout en matière de négligence, les formulations actuelles ne me semblent pas donner d'indications suffisantes à cet égard. Par conséquent, il y a haut risque d'écart ou de distorsion entre les informations et observations cliniques recueillies et les formulations retenues par la loi, ce qui ne facilite le travail de personne.

De surcroît, ce problème d'imprécision se pose dans le contexte de l'extrême jeunesse et donc, du manque d'expérience, d'une large proportion d'intervenants à l'évaluation. Cette situation particulière commande une rigueur accrue sur le plan de la formation et, en particulier, de l'appropriation clinique par ces intervenants des situations visées par la loi. Cette démarche serait plus aisée si ces situations étaient clarifiées. La transparence de la loi à cet égard faciliterait aussi le travail de supervision, dont la nécessité n'est plus à démontrer, surtout depuis les malheureux événements de Beaumont, que le rapport d'enquête de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a mis en lumière²¹.

21. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le cas des enfants maltraités de Beaumont* (rapport d'enquête), 1998.

Une évaluation rigoureuse des situations ne peut que faciliter la prise de décisions appropriées d'orientation.

c) Des décisions d'orientation solidement fondées

Le *due process of law* suppose le respect de certaines conditions également en matière d'orientation, plus précisément en ce qui a trait à la décision du directeur de la protection de la jeunesse de proposer l'application de mesures volontaires à l'enfant et à sa famille ou d'acheminer le dossier à la Cour.

On sait que, depuis quelques années, le taux de «judiciarisation» des situations augmente. Entre 1993 et 1998, ce taux est passé globalement de trente-deux à quarante-six pour cent. Dans les situations où la négligence est en cause, l'augmentation du taux est encore plus spectaculaire : celui-ci est passé de vingt-huit à quarante-neuf et demi pour cent, soit du simple au double ou presque²². Les motifs qui reviennent le plus fréquemment pour expliquer ce changement radical sont au nombre de trois. D'abord, les cas se seraient considérablement alourdis et des formes de pratique défensive se seraient développées. Ensuite, depuis 1994, la *Loi sur la protection de la jeunesse* n'autorise plus le traitement d'une situation sur la base de mesures volontaires au-delà de deux ans²³; une fois ce délai écoulé, toute situation de compromission non réglée doit par conséquent être portée à l'attention de la Cour.

Cette évolution ne peut manquer d'étonner, même de décevoir au premier abord, quand on se rappelle qu'au moment de l'adoption de la loi, la «déjudiciarisation» constituait l'un des points d'appui de la réforme²⁴. L'objectif était alors de solutionner sur une base «volontaire» le plus de situations possible, compte tenu du contexte et des circonstances. Par conséquent, la difficulté consistait et consiste encore aujourd'hui à apprécier le caractère volontaire ou involontaire de l'adhésion des parents et de l'enfant, le cas échéant, aux mesures

22. Ministère de la Santé et des services sociaux, *Indicateurs repères sur l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse*, supra note 2.

23. L.Q. 1994, c. 35, art. 32.

24. Voir R. Joyal et M. Provost, «La loi sur la protection de la jeunesse de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur», (1993) 34 C. de D. 635.

proposées. Encore ici, le *due process* comporte un lot d'exigences : l'information complète et appropriée fournie aux personnes en cause, y compris sur leur droit de porter la situation à l'attention de la Cour, l'explication détaillée des objectifs de la démarche proposée et de ses modalités, ainsi que la capacité des personnes en cause d'assimiler ces informations et d'en apprécier le bien-fondé²⁵. En l'absence de ces conditions, il ne peut y avoir de démarche vraiment volontaire et, par conséquent, de respect du *due process* dans ce cadre particulier. La mise en œuvre de ces conditions doit par ailleurs se faire avec d'autant plus de prudence et de rigueur que les parties en cause se trouvent dans une situation d'inégalité flagrante.

Nous sommes donc en face d'un processus d'une extrême complexité mettant en scène des êtres humains confrontés à leur propre souffrance ou à la souffrance d'enfants extrêmement vulnérables, et tentant de trouver ensemble une façon de sortir de l'impasse. Tout ceci considéré, il n'y a peut-être pas lieu d'être étonné ou déçu outre mesure par l'augmentation du taux de «judiciarisation». Encore là, pour en arriver à l'équilibre souhaité par le législateur en 1977, il ne s'agit probablement pas de fixer des pourcentages ou des quotas, mais plutôt de se doter des outils appropriés pour que chaque situation soit orientée là où elle doit l'être.

Si la situation est portée à l'attention de la Cour, se pose alors le problème de la preuve de celle-ci et des motifs de la décision.

d) La preuve de la situation et les motifs de la décision

L'audition d'une demande de déclaration de compromission devant la Cour comporte en général deux étapes. À moins que les faits ne soient admis, il faut d'abord faire la preuve de la situation de compromission. Dans un second temps, il s'agit de déterminer, le cas échéant, les mesures appropriées.

25. Voir, à ce sujet, l'étude extrêmement fouillée de C. Boisclair, «L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse», (1982) 13 R.D.U.S. 143 à la p. 157 et s.

À la première étape du processus, la preuve doit donc être faite de l'existence de l'une et/ou de l'autre des situations visées aux articles 38 et 38.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Le degré de preuve exigé ici n'est pas celui de la preuve hors de tout doute raisonnable, comme en matière criminelle, mais bien celui de la preuve prépondérante, c'est-à-dire, «celle qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence»²⁶, ce qui implique néanmoins que la preuve offerte soit sérieuse et de qualité suffisante²⁷ et que la conclusion à laquelle en arrive la Cour «(dépassé) le seuil de l'hypothèse même vraisemblable»²⁸.

Les témoins entendus ne le sont, en général, que s'ils ont une connaissance directe des faits sur lesquels ils sont interrogés. En matière de protection de la jeunesse, ce principe connaît toutefois deux exceptions. En effet, depuis 1989²⁹, la *Loi sur la protection de la jeunesse* admet, à certaines conditions, que les verbalisations faites par un enfant à une tierce personne, notamment en matière d'abus sexuel, puissent faire preuve devant la Cour, soit au moyen d'un enregistrement magnétoscopique, soit par le biais du témoignage de cette tierce personne. Cet assouplissement des règles traditionnelles, introduit à la *Loi sur la protection de la jeunesse* dans la foulée des recommandations de divers organismes et de l'admission, en matière criminelle, de déclarations extrajudiciaires d'enfants répondant à des exigences déterminées de nécessité et de fiabilité³⁰, avait évidemment pour but de favoriser la protection de l'enfant inapte à témoigner devant la Cour ou dispensé de le faire. Les témoignages indirects ainsi admis ne peuvent toutefois fonder à eux seuls une décision de déclaration de compromission; ils doivent être corroborés par d'autres éléments de preuve qui en confirment la fiabilité.

Le témoignage d'expert constitue en quelque sorte l'autre exception au principe du témoignage direct. L'expert est une personne qui possède des

26. *Protection de la jeunesse-601*, [1993] R.J.Q. 604 à la p. 609.

27. *Protection de la jeunesse- 584*, [1993] R.J.Q. 274 à la p. 280.

28. *R.C.A. Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Co.*, (1948) R.D.J. 523 aux pp. 527-528 (C.A.).

29. L.Q. 1989, c. 53, art. 7 et s.

30. Voir C. Dubreuil, *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*, Montréal, Thémis, 1991 à la p. 86.

connaissances et une expérience spécialisées et qui, après évaluation, exprime une opinion sur une situation donnée. Aussi riches et utiles soient-ils la plupart du temps, ces avis d'experts doivent être considérés avec la plus grande prudence, surtout au stade de l'adjudication, c'est-à-dire, quand il s'agit pour la Cour de décider s'il y a compromission ou non de la sécurité ou du développement d'un enfant. Le comportement de l'enfant est-il compatible ou non avec un abus sexuel? Les liens d'attachement mère-enfant apparaissent-ils sains, satisfaisants? Le comportement de l'enfant est-il symptomatique de carences affectives graves? Ces opinions, quelque bien fondées et documentées qu'elles puissent être, ne font qu'éclairer le débat et appuyer les conclusions tirées de la preuve des faits; elles ne sauraient fonder à elles seules une décision³¹.

Toutes ces précautions sur le plan de la preuve prennent place parmi les garanties fondamentales de notre système judiciaire, au même titre que le droit d'être entendu et le droit de voir porter sa cause devant un tribunal indépendant et impartial.

En matière de protection de la jeunesse, l'impossibilité pratique dans laquelle se trouvent un nombre croissant de parents de se faire représenter par un avocat, en raison notamment du resserrement des critères d'admissibilité à l'aide juridique, peut susciter des inquiétudes à cet égard. Ces personnes peuvent-elles vraiment exercer leur droit d'être entendues? Peut-être, mais à la condition que les avocats du Directeur de la protection de la jeunesse tiennent compte de cette réalité et que les juges favorisent l'expression aussi complète que possible du point de vue des parents non représentés.

Pour clore cette partie de notre exposé, nous aimerions revenir sur l'opportunité que, notamment en matière de négligence, où les énoncés de la loi sont plutôt flous, la preuve élaborée par le Directeur de la protection de la jeunesse soit centrée sur le préjudice ou le risque de préjudice encouru par l'enfant du fait de sa situation familiale et que les pièces de procédure adressées au tribunal et signifiées aux parties soient rédigées dans cette perspective.

31. Pour des considérations intéressantes sur ce point, voir *Protection de la jeunesse-916*, [1997] R.J.Q. 2639.

Enfin, cette rigueur et cette cohérence de l'ensemble du processus devraient se refléter dans le libellé des jugements rendus. Trop souvent, ceux-ci ne précisent pas quelles situations des articles 38 ou 38.1 de la loi sont à la base de la décision. Or, cette décision doit être écrite et motivée, selon la loi. Afin de donner tout son sens à cette exigence, il serait souhaitable que chaque décision rendue indique clairement ce qui, dans la situation de l'enfant, et non dans la situation du ou des parent(s), comme c'est trop souvent le cas actuellement, justifie l'intervention de l'appareil judiciaire.

Bien qu'il ne puisse être assimilé au droit criminel, le droit de la protection de la jeunesse peut donner lieu à des restrictions importantes en matière d'autorité parentale, de liberté d'agir et de circuler, de choix d'un lieu de résidence pour soi-même et ses enfants, de droit à l'intimité, etc... Comme nous l'avons vu déjà, l'objectif de protéger les enfants contre des menaces sérieuses à leur sécurité et à leur développement justifie ces atteintes; mais encore faut-il que le processus suivi pour y arriver respecte les conditions énoncées plus haut, et ce, de façon manifeste. Non seulement justice doit avoir été rendue, mais il doit clairement apparaître que tel a été le cas.

Une fois établies ces règles, dont l'application assure la régularité et la légitimité de l'intervention de protection, se pose maintenant l'immense question de la nature de cette intervention, particulièrement en matière de négligence. Vous me permettrez de vous livrer là-dessus quelques réflexions, assez impressionnistes sans doute, mais qui contribueront peut-être à clarifier les enjeux de la question.

4. La négligence, la loi et l'État. Quelques réflexions

Ce qui me frappe, d'entrée de jeu, lorsqu'il est question du «traitement» des situations de négligence, c'est que les intervenants, tant sociaux que judiciaires, y sont confrontés à des injonctions tout à fait contradictoires. Il y a d'abord l'article 4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, selon lequel «toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial». D'un autre côté, le concept de «stabilisation» des conditions de vie de l'enfant ou d'élaboration d'un «projet de vie» pour cet enfant trouve ces dernières années de nombreux adeptes, tant chez les

intervenants qu'au niveau gouvernemental³², et ce projet de vie ne peut la plupart du temps se concrétiser qu'à l'extérieur du milieu naturel de l'enfant.

Or, les situations de négligence sont précisément de celles qui, dans bien des cas, ne se règlent pas dans un court laps de temps mais au contraire s'étendent sur plusieurs années, supposant des interventions diverses auprès de la famille, des placements plus ou moins longs de l'enfant en famille d'accueil, et des apparitions épisodiques devant la Cour, le tout sans que la situation ne semble s'améliorer de façon tangible. Que faire dans de telles circonstances? Maintenir à tout prix le lien parental, au risque que l'enfant soit «trimballé», déçu pendant plusieurs années, possiblement brisé en bout de ligne, ou alors rompre le lien parental au risque de priver une famille de ses chances d'évoluer favorablement?

Le dilemme est d'autant plus poignant que de nombreux résultats de recherche récents ont mis en lumière les conséquences négatives pour l'enfant du manque d'affection, d'attention et de stimulation intellectuelle souvent associé à la négligence parentale et à l'instabilité de sa situation familiale³³.

Devant l'infinie diversité des situations et la complexité extrême du travail sur l'humain, aussi bien du point de vue du diagnostic que de

32. Voir, notamment, Québec, Ministère de la Santé et des services sociaux et Ministère de la Justice, *La protection de la jeunesse, plus qu'une loi : Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse*, Québec, Publications du Québec, 1992 à la p. 20; M. Saint-Antoine, *Besoins des enfants en fonction de l'élaboration d'un projet de vie*, Colloque des contentieux des Centres Jeunesse, 1995, texte inédit; V. Topalian et J. White, «Le projet de vie d'un enfant : un concept en évolution», *Développements récents en droit de la jeunesse*, Cowansville (Qc), Yvon Blais et Barreau du Québec, 1998 à la p. 115.

33. Voir, notamment, R. Shore, *Rethinking the Brain. New Insights into Early Development*, New York, Families and Work Institute, 1997; J. Charbonneau et J. Oxman-Martinez, «Les abus sexuels et la négligence : mêmes causes, mêmes effets, même traitement?» (1995) 21 *Santé mentale au Québec* 249; J. Oxman-Martinez et J. Moreau, «La chronicité des problèmes de négligence et des difficultés d'adaptation et l'impact de l'intervention psychosociale à long terme» dans J. Alary et L. S. Éthier, dir., *Actes du 3^e symposium québécois de recherche sur la famille*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1996 à la p. 231; P. K. Trickett et C. McBridge-Chang, «The Developmental Impact of Different Forms of Child Abuse and Neglect», (1995) 15 *Developmental Review* 311.

l'intervention elle-même et du pronostic, comment avoir la certitude, d'abord, de ne pas nuire à l'enfant et ensuite, de lui offrir ce qu'il y a de mieux dans les circonstances? J'ai fait référence plus haut à l'opinion de Michael Wald au sujet de la nécessité pour l'État d'énoncer clairement et correctement les situations qui justifient son intrusion dans la vie privée d'un enfant et de sa famille. Cet auteur estime également que cette intervention ne se justifie que si l'État, par l'intermédiaire de ses agents, a une solution de rechange meilleure que le *statu quo* à offrir à l'enfant; ce qui l'amène à dire que, dans chaque cas, les intervenants ne doivent pas seulement se demander si l'enfant encourt un préjudice ou un risque de préjudice sérieux en raison de sa situation familiale, mais encore si l'intervention projetée est susceptible de faire plus de bien que de mal dans les circonstances³⁴.

Au fil du temps, comme nous l'avons vu plus haut, l'État n'a cessé d'étendre ses critères et ses modes d'intervention dans la vie privée des enfants et des familles, occupant ainsi la part de régulation sociale autrefois exercée par les communautés de voisinage et les sociétés religieuses. La question se pose dorénavant de savoir jusqu'à quel degré de coercition un État désireux d'assurer le maximum de bien-être à ses enfant peut légitimement aller. La prudence est sans conteste de mise en la matière. Comme l'a écrit John Rawls dans son ouvrage célèbre intitulé *Théorie de la justice*, «(ici), le niveau absolu de réalisation, même si on pouvait le définir, n'a pas de sens. Mais, de toute façon, en tant que citoyens, nous devons rejeter le critère de perfection comme principe politique et éviter, au nom de la justice, toute estimation de la valeur relative du mode de vie de chacun»³⁵.

On me dira que, dans le contexte social et budgétaire de ces dernières années, les cas retenus en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* n'ont cessé de s'alourdir et que, par conséquent, la tentation de la perfection n'est pas vraiment à l'ordre du jour. Cela fait peu de doute, sauf que transposés dans notre domaine, les propos de John Rawls sont tout de même une invitation à ne s'attacher qu'au préjudice ou au risque de préjudice encouru par un enfant présumément «négligé», plutôt qu'au style de vie de sa famille.

34. M. Wald, *supra* note 14 aux pp. 987 et 1007.

35. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 à la p. 481.

Si ce préjudice ou ce risque de préjudice sont jugés suffisamment sérieux pour s'inscrire à l'intérieur des balises fixées par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, l'intervention s'impose et il s'agira de déterminer par la suite dans quelle perspective elle se fera. L'objectif sera-t-il de maintenir et de renforcer le lien parental ou, au contraire, d'établir un projet de vie pour l'enfant en dehors de sa famille naturelle? Il est normal et le plus souvent souhaitable que ce choix ne se fasse pas du jour au lendemain. Le travail clinique d'observation et d'évaluation de telles situations requiert du temps. Cependant, il est clair que le choix d'une option doit être fait dans des délais qui compromettent le moins possible le développement physique, intellectuel et affectif de l'enfant et ses chances d'être intégré dans un milieu familial stable. Il n'est certes pas souhaitable qu'un dossier de cette nature traîne pendant six, sept ou huit ans, parfois plus, sans qu'une décision d'orientation n'ait été prise³⁶.

Si l'on opte pour l'établissement d'un projet de vie en dehors de la famille naturelle de l'enfant, faut-il se tourner vers l'adoption ou vers le placement à long terme dans une famille d'accueil? Tout dépend, bien entendu, de l'âge et de la situation de l'enfant et des liens qu'il a pu créer tant avec ses parents d'origine qu'avec ses parents d'accueil. Il nous semble toutefois que l'adoption de l'enfant doit être favorisée chaque fois que les circonstances s'y prêtent. Car, comme le faisait remarquer avec justesse un juge, «le fait qu'un enfant qui aurait peut-être pu être adopté ne le soit pas peut lui créer beaucoup d'inconvénients, et pour toute sa vie»³⁷. L'adoption crée en effet un lien permanent entre un enfant et ses parents adoptifs, de même qu'avec le réseau de parenté et d'amitié de ceux-ci, et favorise par le fait même un investissement affectif et social optimal de part et d'autre. La famille d'accueil, aussi sincère et motivée soit-elle, peut à tout moment se désengager vis-à-vis de l'enfant, ce qui risque de se produire, entre autres, lors des soubresauts de l'adolescence. L'enfant se retrouve alors complètement seul dans la vie; il devient un enfant de

36. Voir Cour du Québec, Chambre de la Jeunesse, nos 43-000010-924 et 43-000009-926, le 2 juin 1993, où le tribunal est saisi d'une demande de déclaration d'admissibilité à l'adoption, alors que les enfants concernées sont placées en famille d'accueil depuis huit ans et que plusieurs ordonnances de limitation et/ou d'interdiction de contacts avec la mère ont été précédemment rendues.

37. *Protection de la jeunesse*-830, (1996) R.D.F. 926 à la p. 928.

l'État, «ce monstre froid (dont) ne naît et ne naîtra jamais aucune familiarité», selon la formule percutante de Daniel Jacques³⁸.

Si, au contraire, on opte pour le maintien et le renforcement du lien parental originel de l'enfant, il faut alors établir un plan de soutien de ce lien, à plus ou moins long terme. Est-il opportun que ce plan soit «imposé» à la famille, surtout s'il s'étend sur une longue période? Autrement dit, ce genre d'intervention doit-il s'appuyer sur la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ou ne conviendrait-il pas que les services sociaux de prévention primaire ou le milieu communautaire prennent le relais? Bien sûr, le mieux serait que ces familles puissent bénéficier de programmes appropriés sur une base volontaire, mais encore faudrait-il que ces programmes existent sur l'ensemble du territoire et que les familles en question soient prêtes à y participer, ce qui est loin d'être évident dans un cas comme dans l'autre.

Tout a été dit, ou à peu près, sur la complémentarité des services à la population, sur le «maillage» et l'«arrimage» de ces services, sur les «partenariats» à développer. Ce discours tarde toutefois à se traduire par des actions concrètes. Ceci dit, il convient néanmoins de saluer certaines initiatives locales remarquables et de souhaiter qu'elles reçoivent le soutien qu'elles méritent.

Alors, que faire devant les écueils, les contradictions, les impasses, la fatigue? Se tourner vers le ciel et lancer un appel à l'aide? On risquerait alors d'y voir apparaître un immense *HELP*, comme dans le film *Celebrity* de Woody Allen, où le ciel, en l'occurrence celui de New York, n'est plus représenté comme le recours ultime, mais de façon résolument post-moderne, comme l'écran où se projettent l'impuissance et le désarroi du pauvre humain livré à lui-même.

Miser sur nos propres forces, sur celles d'un système et d'un réseau qui en ont quand même acquis et conservé quelques-unes, clarifier et renforcer ce qui peut l'être, favoriser le développement communautaire, soutenir et valoriser

38. D. Jacques, *Les humanités passagères. Considérations philosophiques sur la culture politique québécoise*, Montréal, Boréal, 1991 aux pp. 272-273.

la fonction parentale à tous les niveaux et sur toutes les tribunes, voilà quelques éléments d'un programme d'action pour tous ceux et celles qui ont à cœur l'avenir de nos enfants.